

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M.Eur
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht
Jean Monnet Lehrstuhl für Europäische Integration

Fachbereich Rechtswissenschaft
Boltzmannstraße 3
14195 Berlin
Telefon +49 30 838 51456
E-Mail europarecht@fu-berlin.de

Schriftliche Stellungnahme
zum öffentlichen Expertengespräch des Unterausschusses Europarecht
des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
zum Thema
Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips
am 16. Juni 2010

Die nachfolgenden Ausführungen nehmen – soweit es mit Blick auf die begrenzte Zeit möglich war – die am 27. Mai 2010 übersandten Fragen auf. Um Wiederholungen zu vermeiden, werden die gestellten Fragen jedoch systematisch verschiedenen Themenkreisen zugeordnet.

1. Grundfragen

Das Subsidiaritätsprinzip wird im Hinblick auf die Europäische Union (EU) ganz überwiegend unter dem Gesichtspunkt der Begrenzung gemeinschaftlicher Kompetenzen diskutiert. Insofern geht es nicht um die Kompetenzverteilung, bei der das Subsidiaritätsprinzip nur eine politische Leitlinie sein kann, sondern um die Frage der Kompetenzausübung im Hinblick auf durch die Unionverträge bereits verteilte und damit vorgegebene Kompetenzen.

Der gesamte Art. 5 EUV n.F. verkörpert in dieser Formulierung das unionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip. Sein Abs. 3 enthält jedoch das Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinne. In ihm hat das Subsidiaritätsprinzip seine für den gesamten Vertrag rechtlich – nicht etwa nur politisch – verbindliche, allgemeine Definition erhalten. Es handelt sich damit um ein Rechtsprinzip des Unionsrechts.

Dennoch hat sich der EuGH (ähnlich übrigens wie das BVerfG im Hinblick auf den alten Art. 72 Abs. 2 GG) sowohl was die Anzahl der Urteile angeht, in denen er das Subsidiaritätsprinzip erwähnt, als auch inhaltlich, was die konkrete Ausgestaltung der Prüfung im Einzelfall betrifft, sehr zurückgehalten (ausführlich dazu Calliess, EuGRZ 2003, S. 181 ff.).

Hinzu kommt, dass sich die Unionsorgane im Subsidiaritätsverfahren freilich mehr oder weniger selbst kontrollieren; sie unterliegen insoweit einem „Dilemma der Autointerpretation“: Einerseits sollen sie die Unionsziele verwirklichen, andererseits sollen sie mit Rücksicht auf die mitgliedstaatlichen Kompetenzen auf Maßnahmen, die der Umsetzung der Unionsziele dienen würden, verzichten.

Auch wenn der EuGH nicht aus der Verantwortung entlassen ist, so werden mit dem Vertrag von Lissabon (nachfolgend abgekürzt als VvL) die nationalen Parlamente ergänzend zum „Hüter“ der Subsidiarität gemacht. Dieser neue Einfluss der nationalen Parlamente auf die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips führt zu einer klugen Koppelung der Demokratiefrage

mit der im Post-Nizza-Prozess zentralen Frage der vertikalen Kompetenzverteilung: Indem den nationalen Parlamenten die Aufgabe der Subsidiaritätskontrolle zugesprochen wird, hüten sie zugleich ihre eigenen gesetzgeberischen Zuständigkeiten und damit ein Stück weit die Demokratie auf nationaler Ebene. Nach Art. 12 lit. b) EUV n.F. tragen die nationalen Parlamente dafür Sorge, „dass der Grundsatz der Subsidiarität gemäß den in dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vorgesehenen Verfahren beachtet wird.“ Zu diesem Zweck erhalten sie neben den beschriebenen umfangreichen Informationsrechten eigene Kontrollmöglichkeiten im Rahmen der europäischen Gesetzgebung: Im Rahmen eines sog. Frühwarnsystems verfügen die Parlamente *ex ante* über das politische Kontrollinstrument einer Subsidiaritätsrüge, darüber hinaus steht ihnen *ex post* das gerichtliche Instrument einer Subsidiaritätsklage vor dem EuGH zu.

In den Art. 5 EUV n.F. sowie 2 ff. AEUV finden sich nunmehr grundlegende Bestimmungen über die Ausübung von Gesetzgebungszuständigkeiten, eine Auflistung und Definition der Kompetenzkategorien sowie eine Zuordnung der in den einzelnen Regelungsbereichen der Verträge bestehenden Gesetzgebungskompetenzen zu diesen Kategorien.

Die zentralen Grundprinzipien der Zuständigkeitsabgrenzung von EU und Mitgliedstaaten, auf denen das Kompetenzsystem der EU beruht, sind vom früheren Art. 5 EGV in Art. 5 EUV n.F. übernommen worden. So gilt für die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Union und Mitgliedstaaten zunächst der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung fort (Art. 5 Abs. 2 EUV n.F.), der durch den Vertrag von Lissabon nun erstmals ausdrücklich so bezeichnet wird. Danach wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele zugewiesen haben. Die Union verfügt somit auch weiterhin nicht über die für souveräne Staaten typische sog. Kompetenz-Kompetenz. Ihre Kompetenzen bleiben wie bislang von den Mitgliedstaaten abgeleitet. Unter zusätzlicher Betonung der Mitgliedstaaten als Herren der Verträge wird zudem sowohl in Art. 4 als auch in Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV n.F. explizit normiert, dass „alle der Union nicht in den Verträgen zugewiesenen Zuständigkeiten (...) bei den Mitgliedstaaten“ verbleiben.

Neben dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung hat die Union bei ihrer Kompetenzausübung auch die in Art. 5 Abs. 3 und 4 EUV n.F. aufgeführten Grundsätze der Subsidiarität

und der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Das Subsidiaritätsprinzip soll sicherstellen, dass die Union in Bereichen, die nicht ihrer ausschließlichen Zuständigkeit unterliegen, nur tätig wird, „sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Unionsebene zu verwirklichen sind.“ Die Formulierung wurde dabei gegenüber der Fassung von Nizza geringfügig geändert: Während der frühere Vertragstext die beiden Voraussetzungen des „nicht ausreichend“ (Negativkriterium) und „besser“ (Positivkriterium) mit den Worten „und daher“ verknüpft hatte und damit die Annahme nahe legte, dass die letztere Bedingung automatisch aus dem Vorliegen der ersteren folge, wird durch die neue Verknüpfung „sondern vielmehr“ nunmehr explizit klargestellt, dass beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen. Des Weiteren hat der Wortlaut auch insofern eine Änderung erfahren, als nun neben der zentralen mitgliedstaatlichen Ebene ausdrücklich auch auf die regionale und lokale Ebene der Mitgliedstaaten Bezug genommen wird. Schließlich normiert Art. 5 Abs. 4 EUV n.F., dass die Maßnahmen der Union nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit „inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß“ hinausgehen dürfen. Durch die gegenüber dem Vertrag von Nizza neue Aufnahme des Merkmals „formal“ wird klargestellt, dass das Verhältnismäßigkeitserfordernis gerade auch bei der Wahl der Form des Rechtsaktes eingreift – freilich nur soweit nicht schon die jeweilige Kompetenznorm diese konkret benennt.

Eine weitere Neuerung des Vertrags von Lissabon gegenüber der Rechtslage nach Nizza liegt in der Festlegung verschiedener Kompetenzkategorien in den Art. 2 ff. AEUV. Während das historisch gewachsene europäische Primärrecht in der Übertragung von Zuständigkeiten bislang keiner abstrakten Systematik folgte, sorgt die reformierte Kompetenzordnung des Vertrags von Lissabon nun erstmals dafür, dass die Zuständigkeiten der EU kategorisiert und damit nachvollziehbar und transparent werden. Danach verfügt die Union – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH und einer gängigen Einteilung im Schrifttum – über ausschließliche und geteilte Zuständigkeiten; des Weiteren kann sie Maßnahmen zur Unterstützung, Koordinierung und Ergänzung ergreifen. Außerhalb dieser drei Kategorien sind für die Koordinierung der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik sowie die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik einschließlich der schrittweisen Festlegung einer Gemeinsamen Verteidigungspolitik Sonderregelungen vorgesehen, die aus der Typisierung der drei Zustän-

digkeitskategorien herausfallen und damit den Ausnahmecharakter der beiden Politikbereiche betonen. Wie Art. 2 Abs. 6 AEUV herausstellt, ordnen und klassifizieren die allgemeinen Bestimmungen die Zuständigkeiten der Union, ohne jedoch selbst Kompetenznormen darzustellen. Umfang und Finalität der Handlungsermächtigungen sowie die zu ihrer Ausführung zur Verfügung stehenden Mittel richten sich gemäß Art. 2 Abs. 6 AEUV nach den Bestimmungen in den jeweiligen Sachbereichen.

2. Fragen betreffend die Subsidiaritätsrüge

Bundestag und Bundesrat erhalten gem. Art. 12 lit. a) EUV n.F. i.V.m. Art. 2 des Parlamentsprotokolls sämtliche Entwürfe von Gesetzgebungsakten (Vorschläge der Kommission, Initiativen einer Gruppe von Mitgliedstaaten oder des EP, Anträge des Gerichtshofs oder der EIB sowie Empfehlungen der EZB) nunmehr unmittelbar von der Kommission, zeitgleich mit der Übermittlung an die anderen Organe. Dieses Informationsrecht ist Voraussetzung dafür, dass sie sodann gemäß Art. 6 des Subsidiaritätsprotokolls „binnen acht Wochen nach dem Zeitpunkt der Übermittlung eines Entwurfs eines Gesetzgebungsakts in den Amtssprachen der Union in einer begründeten Stellungnahme an den Präsidenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission darlegen (können), weshalb der Entwurf ihres Erachtens nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist.“

Abweichend von der aktuellen Fassung sah der Verfassungsvertrag für diese Stellungnahmen noch eine Frist von lediglich sechs Wochen vor, die jedoch angesichts der zu erwartenden Flut von europäischen Dokumenten sowie des Arbeitspensums, das nationale Parlamentarier bereits in Bezug auf die nationale Rechtsetzungsarbeit zu leisten haben, recht knapp bemessen schien und in der Literatur entsprechend kritisiert wurde. Auf die dadurch bestehende Gefahr, dass den nationalen Parlamenten die Zeit fehlt, sich angemessen mit den zugeleiteten Dokumenten auseinander zu setzen und von ihrem Kontrollrecht Gebrauch zu machen, wurde reagiert, indem die Frist im Vertrag von Lissabon auf acht Wochen ausgedehnt wurde. Diese Frist muss regelmäßig ab der Zuleitung eines Vorschlags verstreichen, bis dieser „zwecks Erlass oder zur Festlegung eines Standpunktes im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens auf die vorläufige Tagesordnung des Rates gesetzt“ werden darf, so dass innerhalb dieser Frist nicht bereits eine anderweitige (informelle) „Einigung über den Entwurf eines Gesetzgebungsaktes festgestellt werden“ kann. Die Überprüfung des Gesetzgebungsvorschlags so-

wie die Erarbeitung einer entsprechenden negativen Stellungnahme wird dabei durch die Verpflichtung der Kommission erleichtert, jeden ihrer Vorschläge mit einem spezifischen „Subsidiaritätsbogen“ auszustatten, der „detaillierte Angaben“ zur Begründung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips enthalten muss.

Die durch die nationalen Parlamente abgegebenen Stellungnahmen sind durch das Europäische Parlament, den Rat und die Kommission grundsätzlich nur zu „berücksichtigen“. Zu Recht wird im Schrifttum dafür ein ernsthaftes Überdenken, mithin eine inhaltliche Prüfung der begründeten Stellungnahmen und eine Auseinandersetzung mit ihnen gefordert, deren Ergebnis den betreffenden nationalen Parlamenten mitgeteilt werden sollte.

Eine weitergehende Rechtsfolge, nämlich die zwingende Überprüfung des gerügten Entwurfs eines Gesetzgebungsaktes, ergibt sich gemäß Art. 7 Abs. 2 des Subsidiaritätsprotokolls, sofern die Anzahl der ablehnenden Stellungnahmen mindestens ein Drittel der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zustehenden Stimmen erreicht. Die Gesamtzahl der Stimmen bestimmt sich dabei nicht nach der Gesamtzahl der nationalen Parlamente in einem Mitgliedstaat; den nationalen Parlamenten stehen gemäß Art. 7 Abs. 1 UAbs. 2 des Protokolls vielmehr pro Mitgliedstaat jeweils zwei Stimmen zu, die sich in einem Zweikammersystem auf die beiden Kammern, in Deutschland Bundestag und Bundesrat, aufsplitten.

Die Überprüfung des Entwurfs des Gesetzgebungsaktes wird ergebnisoffen vorgenommen; nach ihrem Abschluss kann der Gesetzgebungsvorschlag beibehalten, abgeändert oder zurückgezogen werden. Selbst bei Erreichen des Quorums von einem Drittel können die nationalen Parlamente einen Gesetzgebungsakt mithin nicht allein durch ihre begründeten Stellungnahmen verhindern. Im Unterschied zum bloßen Berücksichtigungserfordernis bedarf die Entscheidung nach Überprüfung des Gesetzgebungsaktes aber jedenfalls eines formellen Beschlusses; der Vorschlag muss somit noch einmal unter Kompetenzgesichtspunkten überdacht und die Entscheidung für die Beibehaltung, Abänderung oder Rückziehung gemäß Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 des Subsidiaritätsprotokolls ausreichend begründet werden. Zudem kann die Erhebung der Subsidiaritätsrüge durch eine Vielzahl nationaler Parlamente derartigen politischen Druck erzeugen, dass der Urheber des gerügten Entwurfs faktisch zur Rückziehung oder Abänderung gezwungen ist.

Im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens sieht der erst durch den VvL neu eingefügte Art. 7 Abs. 3 des Subsidiaritätsprotokolls vor, dass der Gesetzgebungsvorschlag zwingend zu überprüfen ist, sofern die Anzahl begründeter Stellungnahmen die einfache Mehrheit der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen Stimmen erreicht. Fraglich ist das Verhältnis dieser Regelung zu Art. 7 Abs. 2 des Protokolls, der ein Quorum von einem Drittel der Gesamtzahl der Stimmen festsetzt: Der Wortlaut des Absatzes 3 („Außerdem“) sowie Sinn und Zweck der Vorschrift, die Rolle der nationalen Parlamente zu stärken, sprechen dafür, dass Abs. 3 die Regelung des Abs. 2 ergänzen, aber nicht insgesamt verdrängen soll, die beiden Absätze also kumulativ anzuwenden sind. Eine alternative Anwendung erschiene in der Tat nicht gerechtfertigt, da in diesem Fall durch den Lissabonner Reformvertrag ausgerechnet in dem als Regelverfahren vorgesehenen ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ein höheres Quorum für die Überprüfung eines Entwurfs festgesetzt worden wäre. Eine solche Erschwerung der Kontrolle wäre mit dem im Mandat für die Regierungskonferenz 2007 erklärten Vorsatz, die Rolle der nationalen Parlamente im Vergleich zu den auf der Regierungskonferenz 2004 vereinbarten Bestimmungen des Verfassungsvertrages weiter zu stärken, nicht zu vereinbaren. In diesem Mandat findet sich zudem ausdrücklich die Absicht, einen „verstärkte(n) Subsidiaritätskontrollmechanismus“ vorzusehen. Auch im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ist daher ein Entwurf schon dann gemäß Abs. 2 zu überprüfen, wenn die Anzahl der ihn ablehnenden Stimmen mindestens ein Drittel der Gesamtstimmen erreicht.

Abs. 3 ist somit dahingehend zu verstehen, dass im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens für den Fall, dass die Schwelle der einfachen Mehrheit der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zustehenden Stimmen erreicht wird, *zusätzlich* ein besonderes Verfahren ausgelöst wird, das teilweise jedoch auch das Verfahren des Abs. 2 modifiziert und somit partiell überlagert: Änderung des Verfahrens des Abs. 2 ergeben sich zunächst insoweit, als im Anwendungsbereich des Abs. 3, also bei Erreichen der Schwelle der einfachen Mehrheit der Stimmen der nationalen Parlamente, ausschließlich die Kommission befugt ist, den Vorschlag für den Gesetzgebungsakt zu überprüfen. Diese Abweichung wird teilweise damit begründet, dass im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nur die Kommission das Vorschlagsrecht habe, so dass sie stets Urheberin des Entwurfs sei. Dies trifft jedoch nicht zu: So ergibt sich beispielweise aus Art. 76 lit. b) i.V.m. vielen Bestimmungen des 4. und 5. Kapitels des Titels V (Art. 82-85, 87, 88 AEUV), dass auch im ordentlichen Gesetzgebungs-

verfahren die Initiative für einen Rechtsakt von einem Viertel der Mitgliedstaaten ausgehen kann. Art. 294 Abs. 15 AEUV sieht für diese Fälle des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens besondere Bestimmungen vor. Da aber auch eine andere schlüssige Erklärung für die Begrenzung des Überprüfungsrechts auf die Kommission nicht ersichtlich ist, liegt es nahe, darin ein Versehen der Vertragsgeber zu vermuten. Ebenso wenig plausibel erscheint die zweite Abweichung des Art. 7 Abs. 3 gegenüber Abs. 2: Hiernach hat die Kommission „in einer begründeten Stellungnahme darzulegen, weshalb der Vorschlag ihres Erachtens mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht“, sofern sie sich nach erfolgter Prüfung dazu entschließt, an dem Vorschlag festzuhalten. Die Begründungspflicht gilt mithin nur für diesen Fall, nicht wie im Rahmen des Abs. 2 für *alle* Entscheidungen. Dies erscheint jedenfalls dann wenig einleuchtend, wenn die Kommission beschließt, den Entwurf abzuändern, dabei aber die Einwände der nationalen Parlamente nicht vollumfänglich berücksichtigt.

Letztlich sind diese recht rätselhaften Abweichungen vom Verfahren des Abs. 2 jedoch von nur geringem Gewicht. Entscheidender ist das Verfahren, das sich nun anschließt und eine wirkliche Neuerung enthält: Gemäß Art. 7 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 des Protokolls wird die begründete Stellungnahme der Kommission zusammen mit den begründeten Stellungnahmen der nationalen Parlamente dem EU-Gesetzgeber zur Berücksichtigung im Gesetzgebungsverfahren übermittelt. Dieser muss vor Abschluss der ersten Lesung prüfen, ob der Gesetzgebungsvorschlag mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht und hierbei die Stellungnahmen der nationalen Parlamente sowie der Kommission berücksichtigen. Ist der Gesetzgeber dabei mit der Mehrheit von 55 % der Mitglieder des Rates oder einer Mehrheit der abgegebenen Stimmen im EP der Meinung, dass der Vorschlag nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang stehe, wird er nicht weiter geprüft. Damit gibt Art. 7 Abs. 3 zum ersten Mal die Möglichkeit, einen Vorschlag im Subsidiaritätskontrollsystem aufgrund seines mutmaßlichen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip von der Agenda des europäischen Gesetzgebers zu nehmen. Dies kann zwar nicht unmittelbar durch die nationalen Parlamente, sondern lediglich durch den Rat oder das Parlament erfolgen; die nationalen Parlamente verfügen aber zumindest über die Möglichkeit, das Verfahren zu initiieren, das die Verabschiedung des gerügten Rechtsaktes sodann möglicherweise – bei entsprechender Mitwirkung von Rat oder Parlament – verhindert.

Hierbei ist allerdings zu beachten, dass diese beiden Organe im ordentlichen Gesetzgebungs-

verfahren bereits bislang über die Option verfügten, Gesetzgebungsvorschläge zurückzuweisen. Die Vermutung liegt mithin nicht fern, dass in dem in Abs. 3 vorgesehenen Verfahren in der Regel nur solche Entwürfe von Gesetzgebungsakten scheitern werden, die mangels entsprechender Mehrheiten im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ohnehin keine Aussicht auf Erfolg hätten. Gleichwohl ist nicht ausgeschlossen, dass die Regelung mehr als nur symbolische Bedeutung erlangen wird, da die hohe Anzahl negativer Stellungnahmen der nationalen Parlamente die Mitglieder im Rat und im Parlament für die Frage der Wahrung des Subsidiaritätsprinzips besonders sensibilisieren und daher dazu verleiten kann, einen Gesetzgebungsvorschlag bewusst im Rahmen des Verfahrens des Art. 7 Abs. 3 UAbs. 2 lit. b) des Subsidiaritätsprotokolls – und damit noch vor Abschluss der ersten Lesung – scheitern zu lassen, den sie ansonsten im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens (ggf. mit einigen Änderungen) angenommen hätten.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Mehrheiten im Rahmen des Verfahrens des Art. 7 Abs. 3 von den im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vorgesehenen Mehrheiten abweichen. Will das Europäische Parlament im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens einen Vorschlag zum Scheitern bringen, benötigt es dafür grundsätzlich gemäß Art. 294 Abs. 7 lit. b) AEUV die Mehrheit seiner Mitglieder. Im Rahmen des Verfahrens des Art. 7 Abs. 3 Subsidiaritätsprotokoll wird ein Vorschlag demgegenüber schon dann nicht weiter verfolgt, wenn das Parlament mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen der Ansicht ist, er verstoße gegen das Subsidiaritätsprinzip.

Mit Blick auf den Rat stellt sich die Mehrheitsfrage komplizierter dar. In der Literatur wird vertreten, anders als beim Parlament seien die Anforderungen für den Rat nach Art. 7 Abs. 3 UAbs. 2 lit. b) des Subsidiaritätsprotokolls höher als im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren. Es erscheint jedoch fraglich, ob diese Einschätzung den Kern des Verfahrens trifft. Im Rahmen der ersten und zweiten Lesung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens ist für den Rat an keiner Stelle explizit die Möglichkeit vorgesehen, einen Vorschlag abzulehnen. Da er zumindest im Rahmen der ersten Lesung nicht an Fristen gebunden ist, kann er das Verfahren zwar faktisch suspendieren, falls er nicht zu einer Entscheidung findet. Dies kann er in der Tat bereits dann, wenn sich keine qualifizierte Mehrheit für den Vorschlag findet, also mit einer Minderheit von mehr als 45 % oder einer noch geringeren Minderheit, die mehr als 35 % der Bevölkerung der Union repräsentiert und aus der nach Art. 16 Abs. 4 UAbs. 2

EUV n.F. erforderlichen Sperrminorität von vier Mitgliedstaaten besteht. Somit trifft es zu, dass Art. 7 Abs. 3 UAbs. 2 lit. b) eine höhere Mehrheit, nämlich 55 % voraussetzt. Die beiden Fällen sind jedoch insofern nicht vergleichbar, als es sich bei dem im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens vorgesehenen geringeren Quorums um die Sperrminorität, im Rahmen des Art. 7 Abs. 3 um die den (wenn auch ablehnenden) Beschluss tragende Mehrheit handelt. Korrekterweise müsste das Quorum von 55 % mit der für eine Beschlussfassung im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens erforderlichen Mehrheit verglichen werden. Da dies gemäß Art. 16 Abs. 3, 4 EUV n.F. die qualifizierte Mehrheit ist, also 55 % der Mitglieder des Rates, gebildet aus mindestens 15 Mitgliedern, die zugleich mindestens 65 % der Bevölkerung der Union repräsentieren, ist insofern eine Erleichterung durch Art. 7 Abs. 3 festzustellen, der auf das Quorum von 65 % der Bevölkerung verzichtet. Zudem ist zu beachten, dass die Möglichkeit der Suspendierung des Verfahrens für den Rat fortbesteht; Art. 7 Abs. 3 stellt dem Rat darüber hinaus lediglich die Möglichkeit zur Verfügung, den Vorschlag zu einem frühen Zeitpunkt auch ausdrücklich ablehnen zu können. Dabei werden die Anforderungen an die Mehrheit gegenüber der sonst für Ratsbeschlüsse erforderlichen qualifizierten Mehrheit herabgesetzt.

3. Fragen betreffend die Subsidiaritätsklage

Ist das Gesetzgebungsverfahren abgeschlossen, wird das „Frühwarnsystem“ durch die Möglichkeit einer *ex-post*-Kontrolle beim Europäischen Gerichtshof ergänzt. Nach Art. 8 des neuen Subsidiaritätsprotokolls können Nichtigkeitsklagen nach Art. 263 AEUV (Art. 230 EGV) wegen des vermeintlichen Verstoßes eines Gesetzgebungsaktes gegen das Subsidiaritätsprinzip nicht mehr nur von einem der Mitgliedstaaten, sondern zudem „gemäß der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung von einem Mitgliedstaat im Namen seines nationalen Parlaments oder einer Kammer dieses Parlaments“ erhoben werden. Die Formulierung macht deutlich, dass die konkrete Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen den nationalen Parlamenten bzw. ihren Kammern und den jeweiligen Regierungen dem innerstaatlichen Recht überlassen bleibt. Hierin wird bisweilen eine „Schwachstelle“ des Klagerechts gesehen, weil dessen Bestand damit vom Erlass nationaler Regelungen abhängig gemacht wird. Aus dem Normzweck des Art. 8 Subsidiaritätsprotokoll folgt jedoch, dass sich die Mitgliedstaaten nicht dafür entscheiden können, die Verankerung des Klagerechts im nationalen Recht zu unterlassen. Europarechtliche Vorgabe für die Umsetzung auf

mitgliedstaatlicher Ebene ist, dass die Möglichkeit der nationalen Parlamente, eine Subsidiaritätsklage vor den EuGH zu bringen, durch die innerstaatliche Ausgestaltung nicht um ihre Wirkung gebracht werden darf; die nationalen Rechtsordnungen sollen lediglich die verfahrensmäßige Ausgestaltung zwischen Parlament und Regierung regeln. Hierbei ist zu beachten, dass die förmliche Klageerhebung gemäß den primärrechtlichen Vorgaben zwar dem jeweiligen Mitgliedstaat obliegt, um den Kreis der vor dem Gerichtshof zur Klage Berechtigten nicht weiter auszudehnen und zu gewährleisten, dass ein Mitgliedstaat vor dem EuGH mit einer Stimme spricht. Dass das Protokoll ausdrücklich von einer bloßen „Übermittlerrolle“ des Mitgliedstaates ausgeht, macht jedoch deutlich, dass es sich um eine Klage des jeweiligen nationalen Parlamentes handelt. Dies sollte sich auch in der Frage der Prozessführung widerspiegeln: Während die Mitgliedstaaten bei Verfahren vor dem EuGH in der Regel Fachbeamte der innerstaatlich zuständigen Ministerien bevollmächtigen, sollte den nationalen Parlamenten im Rahmen von Subsidiaritätsklagen Gelegenheit gegeben werden, bei der Vertretung ihres Standpunktes vor dem EuGH mitwirken zu können.

Das Protokoll enthält keine Ausführungen dazu, inwieweit die Klagemöglichkeit von einem vorhergehenden erfolglosen Einbringen einer Subsidiaritätsrüge abhängig ist. Da eine solche Voraussetzung – anders als im Abschlussbericht der AG I „Subsidiarität“ angedacht – jedoch nicht explizit in das Protokoll überführt worden ist, ist davon auszugehen, dass das Rechtschutzbedürfnis auch dann besteht, wenn das jeweilige nationale Parlament im Rahmen des Frühwarnsystems keine Stellungnahme abgegeben hat. Dies erscheint auch insofern plausibel, als die Klageerhebung ansonsten selbst dann ausgeschlossen wäre, wenn erst eine Änderung im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zu einem Verstoß des Gesetzgebungsaktes gegen das Subsidiaritätsprinzip führt. Schließlich sollten die nationalen Parlamente nicht schlechter gestellt werden als die Regierungen der Mitgliedstaaten, die die Nichtigkeitsklage auch gegen solche Rechtsakte erheben können, denen sie zuvor im Rat zugestimmt haben.

Offen ist freilich, wie der EuGH mit der neuen Klagemöglichkeit der nationalen Parlamente über ihre Regierungen umgehen wird. Mit Art. 8 des Subsidiaritätsprotokolls hat jedenfalls die bisher in der Literatur kontrovers diskutierte Frage nach der Justitiabilität des Subsidiaritätsprinzips eine explizite Klärung gefunden. Abzuwarten bleibt jedoch, ob der EuGH allein aufgrund dieser Änderung seine bisher zurückhaltende Rechtsprechung ändern wird. Bisher hat der Gerichtshof erst in einer einzigen Entscheidung seine Prüfung über die Kompetenzgrundlagen und das Verhältnismäßigkeitsprinzip hinaus explizit auch auf die Vorgaben des

Subsidiaritätsprinzips erstreckt und noch nie einen Rechtsakt wegen Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip für nichtig erklärt. Zudem erscheint es für die nationalen Parlamente schwierig, entgegen den nun erforderlichen detaillierten Ausführungen der Kommission zur Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip einen Verstoß hiergegen darzulegen und damit vor dem Gerichtshof Gehör zu finden. Dies gilt umso mehr, als der Umfang des Rüge- und Klagerechts bislang unklar ist.

4. Fragen betreffend die Subsidiaritätsprüfung

a) Die Entmaterialisierung des bislang geltenden Amsterdamer Protokolls

Im Hinblick auf eine effektive Subsidiaritätsprüfung (und damit auch eine effektive gerichtliche Kontrolle durch den EuGH) ist eine bereits vom Verfassungsvertrag vorgenommene Schwächung des Subsidiaritätsprinzips, die sich – trotz diesbezüglicher Kritik (vgl. Calliess, in: ders. / Matthias Ruffert (Hrsg.). *Verfassung der Europäischen Union, Kommentar der Grundlagenbestimmungen*, 2006, Art. I-11, Rn. 23, 28 f., 78) – im Vertrag von Lissabon fortsetzt, von großem Nachteil:

Der alte Art. 5 EGV hatte durch das mit dem Vertrag von Amsterdam eingefügte Protokoll Nr. 30 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eine im Range von Primärrecht stehende Konkretisierung erfahren. Dessen Vorgaben decken sich – worauf auch die Erwägungsgründe des Protokolls ausdrücklich hinweisen – inhaltlich weitgehend mit denen des durch den Europäischen Rat von Edinburgh am 11. und 12.12.1992 vereinbarten Gesamtkonzepts für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips sowie denjenigen der Interinstitutionellen Vereinbarung vom 25.10.1993 zwischen dem EP, dem Rat und der Kommission über die Verfahren zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips (abgedruckt bei Calliess, *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzips in der EU*, 2. Auflage 1999, S. 391 ff.).

Während das Amsterdamer Protokoll Nr. 30 aber nicht nur die verfahrensrechtlichen Prüfvorgaben definierte, sondern darüber hinaus auch eine Präzisierung der für die Subsidiaritätsprüfung bedeutsamen materiellen Kriterien enthielt, beschränkt sich das neue Subsidiaritätsprotokoll nunmehr weitgehend auf die Festlegung rein verfahrensbezogener Anwendungsbe-

dingungen. Diese Schwächung der Subsidiaritätsprüfung im Sinne seiner „Entmaterialisierung“ stellt eine – mit Blick auf Praktikabilität und Justitiabilität des Subsidiaritätsprinzips bedeutsame – Verschlechterung gegenüber der früheren Rechtslage dar, die durch eine Rekonstruktion der Kriterien des Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls beseitigt werden sollte. Denn eine effektive Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips ist ohne materielle Vorgaben, sprich „inhaltliche Maßstäbe“ für die in Art. 5 Abs. 3 EUV n.F. selbst unbestimmt gebliebenen Rechtsbegriffe „nicht ausreichend“ und „besser“ schwerlich möglich. Sowohl die prozedurale Umsetzung des Prinzips durch die beteiligten Unionsorgane samt *ex-ante*-Kontrolle durch die nationalen Parlamente im Rahmen des sog. Frühwarnmechanismus nach Art. 5 bis 7 des Subsidiaritätsprotokolls als auch die *ex-post*-Kontrolle durch den EuGH erfordern zwingend eine materielle Konkretisierung der Subsidiaritätskriterien. Vor diesem Hintergrund bleibt nunmehr zu untersuchen, wie die Subsidiaritätskontrolle durch die nationalen Parlamente konkret ausgestaltet werden soll.

b) Prüfung auch der gewählten Kompetenzgrundlage

Aus dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 S. 1 des Subsidiaritätsprotokolls, demzufolge die nationalen Parlamente die Unvereinbarkeit des Gesetzgebungsentwurfs „mit dem Subsidiaritätsprinzip“ rügen können, wird teilweise gefolgert, dass sie auf die Überprüfung der Wahrung der Kriterien des Art. 5 Abs. 3 EUV n.F. beschränkt seien. Tatsächlich scheinen die Materialien des Europäischen Konvents, auf die die heutigen Regelungen zurückgehen, zunächst gegen eine weitere Ausdehnung des Rügeumfangs zu sprechen: Ein Vorschlag, das Frühwarnsystem auch auf die vorgelagerte Frage, ob die Union überhaupt eine Kompetenz besitzt, sowie die nachgelagerte Frage der Verhältnismäßigkeit auszudehnen, wurde dort explizit abgelehnt. Zur Begründung hieß es, das Subsidiaritätsprinzip sei vorrangig politischer Natur, die beiden anderen Prinzipien hingegen vorrangig rechtlicher Natur.

Fraglich ist jedoch, inwieweit eine getrennte Prüfung der Schrankentrias des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung, des Subsidiaritätsprinzips und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes überhaupt möglich und sinnvoll ist. Die Frage nach der Zuständigkeit der Union im Rahmen des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung stellt eine notwendige Vorfrage für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips dar. Das macht nicht nur die systematische Verknüpfung der Absätze 2 bis 4 im Rahmen der eingangs zitierten Schrankentrias, die der alte

Art. 5 EGV ebenso wie Art. 5 EUV n.F. für jede Kompetenzausübung der EU formuliert, deutlich. Auch legt der Verweis in Art. 5 Abs. 3 EUV auf die Prüfung der jeweiligen Zuständigkeitsart (Frage nach der ausschließlichen Zuständigkeit) nahe, dass die Frage der Kompetenzgrundlage von der Subsidiaritätsprüfung nicht getrennt werden kann. Entscheidend ist aber der Gedanke, dass viele Kompetenznormen Konkretisierungen des Subsidiaritätsprinzips und des Verhältnismäßigkeitsprinzips enthalten, die in die Subsidiaritätsprüfung einfließen müssen (ausführlich dazu Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzips in der EU, 2. Auflage 1999, S. 113 ff.)

Insbesondere daher ist die Subsidiaritätsprüfung nach Sinn und Zweck auch auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auszudehnen. Die Möglichkeit einer umfassenden Überprüfbarkeit auch des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann darüber hinaus auch damit begründet werden, dass das Frühwarnsystem im „Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit“ normiert ist, das zudem im Rahmen seines Art. 5 auch die Pflicht zur Begründung von Gesetzgebungsakten auf die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit erstreckt. Schließlich erscheint eine umfassende Überprüfbarkeit auch insofern geboten, als eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Rechtsetzungskompetenzen der nationalen Parlamente in gleicher Weise betreffen kann wie ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip.

Eine Begrenzung allein auf die Prüfung, ob der Entwurf mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist, ist daher zugunsten einer umfassenden Überprüfbarkeit der Schrankentrias des Art. 5 EUV n.F. durch die nationalen Parlamente abzulehnen.

c) Leitlinien der Subsidiaritätsprüfung gem. Art. 5 EUV n.F.

Im Rahmen dieser umfassenden Überprüfung ist es zweckmäßig, ein spezifisches Prüfraster in Form einer „Checkliste“ anzuwenden. Als Grundlage einer entsprechenden Prüfung dient zwar stets der „Subsidiaritätsbogen“ der Kommission, in dem sie die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips durch den betreffenden Rechtsakt begründet. Im Interesse einer genauen Überprüfung und einer ernsthaften Inanspruchnahme der neuen Kontrollaufgabe sollte man sich jedoch an einem umfassenderen Prüfschema orientieren, das an die Vorgaben der Leitlinien des Europäischen Rates von Edinburgh und damit mittelbar an das Amsterdamer Subsidi-

diaritätsprotokoll angelehnt werden kann (vertiefend Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzips in der EU, 2. Auflage 1999, S. 243 ff. mit Prüfkatalogen auf S. 389 ff. einschließlich der Leitlinien des Europäischen Rates von Edinburgh auf S. 391 ff.).

Mit dem Prinzip der Einzelermächtigung in seinem Abs. 2, dem Subsidiaritätsprinzip i. e. S. in Abs. 3 und dem Erforderlichkeitsgebot in Abs. 4 enthält Art. 5 eine „europarechtliche Schrankentrias“ für jede Kompetenzausübung der Union. Bevor die Union also handeln kann, müssen demnach drei Fragen positiv beantwortet werden: Nach Abs. 1 die Kann-Frage, nach Abs. 2 die Ob-Frage und nach Abs. 3 die Wie-Frage.

aa) Die „Kann-Frage“: Prüfung von Art. 5 Abs. 2 EUV n.F.

Zunächst ist die „Kann-Frage“ zu stellen, nach der überprüft werden muss, ob die Europäische Union überhaupt tätig werden „kann“. Es gilt festzustellen, ob die mit dem betreffenden Rechtsetzungsvorschlag angestrebte Maßnahme zu den Zuständigkeiten gezählt werden kann, die die Mitgliedstaaten gemäß dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung der Europäischen Union „in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben“ (Art. 5 Abs. 2 EUV n.F.). Es muss also eine Kompetenznorm zugunsten der EU bestehen. Abzustellen ist dabei insbesondere auf die in der Maßnahme angeführten Ziele, die mit ihr verfolgt werden sollen, auf die sich auch der zweite Prüfungsschritt gründet.

Nachdem die Ziele festgestellt worden sind, die der betreffende Rechtsetzungsvorschlag verfolgt, gilt es zu überprüfen, ob sich diese konkreten Ziele unter die abstrakten Ziele, die in den Bestimmungen des VvL formuliert sind, subsumieren lassen. Darüber hinaus ist festzustellen, ob nicht möglicherweise noch andere Ziele reflexartig von der geplanten Maßnahme betroffen sind bzw. sein könnten.

bb) Die „Ob-Frage“: Prüfung von Art. 5 Abs. 3 EUV n.F.

Ist die grundsätzliche Frage der Zuständigkeit geklärt, muss – außer bei Bestehen einer ausschließlichen Zuständigkeit – in einem zweiten Schritt das die konkrete Kompetenzausübung begrenzende Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 3 EUV n.F. geprüft werden. Insoweit ist zu untersuchen, *ob* die Union im konkreten Falle auch Gebrauch von der ihr zustehenden Kompetenz machen darf.

(1) Der Schlüsselbegriff der ausschließlichen Zuständigkeit

Die Beantwortung der Frage nach dem Bestehen einer ausschließlichen Zuständigkeit der Union entscheidet darüber, ob das Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinne gem. Art. 5 Abs. 3 EUV n.F. überhaupt zu prüfen ist. Die ausschließliche Zuständigkeit ist insoweit ein Schlüsselbegriff, der im Europarecht lange umstritten war (ausführlich dazu Calliess, EuZW 1996, S. 693 ff.). Es ist daher verdienstvoll, dass der Vertrag von Lissabon –inhaltlich übereinstimmend mit den Regelungen im Verfassungsvertrag in Art. I-12, I-13 VVE (dazu Calliess, in: ders. / Matthias Ruffert (Hrsg.). Verfassung der Europäischen Union, Kommentar der Grundlagenbestimmungen, 2006, Art. I-12, Rn. 2 ff. sowie I-13, Rn. 5 ff.) – insoweit eine Klärung herbeiführt: Gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 AEUV ist die Union in diesen Bereichen grundsätzlich unbegrenzt handlungsbefugt; sobald und solange eine ausschließliche Unionszuständigkeit besteht, dürfen die Mitgliedstaaten nur tätig werden, wenn sie von der Union hierzu ermächtigt werden oder Rechtsakte der Union durchführen. Art. 3 AEUV führt die Bereiche ausschließlicher Zuständigkeit abschließend auf und nennt in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH die Gebiete der Zollunion, die für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln, die Währungspolitik der Euro-Gruppe, die Erhaltung der biologischen Meeresschätze im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik und die gemeinsame Handelspolitik. Die konkrete Reichweite und Intensität des unionalen Tätigwerdens ergibt sich entsprechend Art. 2 Abs. 6 AEUV jedoch erst aus den Bestimmungen der Verträge zu den einzelnen Bereichen.

Umstritten ist, ob eine ausschließliche Zuständigkeit auch durch sekundäres Unionsrecht begründet werden kann, indem die EU von einer sog. geteilten Zuständigkeit gemäß Art. 2 Abs. 2 AEUV n.F. Gebrauch macht und einen konkreten Rechtsakt erlässt. Fraglich ist damit, ob und inwieweit Änderungen bestehenden Unionsrechts vom Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips im engeren Sinne nach Abs. 2 ausgeschlossen sind.

Unter geteilten Zuständigkeiten sind jene Kompetenzen zu verstehen, die bislang überwiegend als „konkurrierend“ bezeichnet worden sind. Bereiche geteilter Zuständigkeit sind dadurch definiert, dass sowohl die Union als auch die Mitgliedstaaten gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen können.

Sofern insoweit vertreten wird, dass jede Ausübung einer geteilten Zuständigkeit in einem konkreten Rechtsakt dazu führt, dass die Union eine sog. nachträgliche exklusive Zuständigkeit erwirbt, die in ihrer Wirkung der ursprünglichen exklusiven Zuständigkeit entspricht, so kann dies nicht überzeugen. Diese Auffassung beschränkt entgegen Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 3 EUV n.F. den Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips in unverhältnismäßiger Weise. Vielmehr beruht sie auch auf einer Annahme, die das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gem. Abs. 1 – und damit die Kompetenzverteilung in der Union – aus den Angeln hebt. Denn danach sind bestimmte Kompetenzen durch das Primärrecht des Vertrages, mithin die „Verfassung“ der Union, als ausschließliche und andere als geteilte definiert. Diese primärrechtliche Definition kann aber nicht einfach durch das Setzen von Sekundärrecht verändert werden. Wird z.B. die betreffende Regelung aufgehoben, so entfällt die Sperrwirkung. Jede konkurrierende Zuständigkeit ist daher nur vorübergehend auf die Union übergegangen. Von einer ausschließlichen Kompetenz lässt sich somit nur dann sprechen, wenn ein Zuständigkeitsbereich der Union „vollständig und endgültig“ übertragen worden ist. Auf dieser Grundlage ist dann die konkrete Frage zu beantworten, ob jede Änderung von Unionsrecht, das aufgrund einer konkurrierenden Kompetenz zustande gekommen ist, dem Anwendungsbereich des Abs. 3 entzogen ist. Dies hätte zur Folge, dass – entgegen dem Sinn und Zweck des Art. 5 – weite Bereiche, die bereits vor dessen Inkrafttreten durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geregelt waren, in den Bereich der ausschließlichen Kompetenz der EU fallen, so dass alle Anpassungen, Verschärfungen, Erweiterungen oder Verlängerungen jener bereits bestehenden Rechtsakte nicht anhand der Anforderungen des Abs. 3 zu prüfen wären.

Letztlich geht es hier um ein Problem von Vorrang und Sperrwirkung. Sie betreffen die Frage, ob ein Mitgliedstaat dort noch tätig werden kann, wo bereits eine einschlägige Unionsregelung existiert. Der mitgliedstaatliche Kompetenzverlust in Form der Sperrwirkung tritt also nur ein, wenn, soweit und solange die EU rechtsetzend tätig geworden ist. Diese Sichtweise korrespondiert dem „Protokoll (Nr. 25) über die Ausübung der geteilten Zuständigkeiten“ sowie der „Erklärung (Nr. 18) zur Abgrenzung der Zuständigkeiten“, die Auslegungshilfen zur Frage der Wahrnehmung der geteilten Zuständigkeiten liefern sollen. Während im einzigen Artikel des Protokolls lediglich festgelegt wird, dass sich die Ausübung einer geteilten Zuständigkeit nur auf die durch den entsprechenden Rechtsakt der Union geregelten Elemente und nicht auf den gesamten Bereich erstreckt, ist der Erklärung klar zu entnehmen, dass

die Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeit dann wieder wahrnehmen, wenn die europäischen Organe beschließen, den fraglichen europäischen Gesetzgebungsakt aufzuheben.

(2) Die Prüfkriterien des Art. 5 Abs. 3 EUV n.F.

Nach Art. 5 Abs. 3 EUV n.F. wird die Subsidiaritätsprüfung anhand zweier Kriterien vorgenommen. Da die Prüfkriterien im neuen Subsidiaritätsprotokoll nur unzureichend konkretisiert sind, kann - wie vorstehend erwähnt - auf die Leitlinien des Europäischen Rates von Edinburgh und damit mittelbar auch auf das Amsterdamer Protokoll (Nr. 30) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zurückgegriffen werden (zu Kriterien der Subsidiaritätsprüfung ausführlich Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzips in der EU, 2. Auflage 1999, S. 104 ff. mit Prüfkatalogen auf S. 271 ff. und 389 ff.).

• *Das Negativkriterium (sog. Erforderlichkeitskriterium)*

Zunächst dürfen nach dem Negativkriterium „die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können“. Wenn manchmal (auch in den Fragen zur Expertenanhörung) insoweit von einem „Erforderlichkeitskriterium“ die Rede ist, so entbehrt dies jedes Anknüpfungspunktes im Wortlaut der Norm. Überzeugender erscheint daher der Begriff Negativkriterium (vgl. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzips in der EU, 1996, S. 92 ff.; 2. Auflage 1999, S. 104 ff.). Insoweit geht es in erster Linie um die Frage einer „Überforderung“ der Mitgliedstaaten, wobei nicht nur ihre zentralen Handlungsmöglichkeiten, sondern (nunmehr auch explizit) ihre regionale und lokale Ebene, mithin der Bundesländer bzw. Regionen und Gemeinden in den Blick zu nehmen sind.

Mit Blick auf die Frage der „Überforderung“ ist nicht nur auf die aktuelle Sach- und Rechtslage in den Mitgliedstaaten abzustellen, sondern daneben auch hypothetisch abzuschätzen, inwieweit sie die Möglichkeit bzw. die Fähigkeiten für den Erlass entsprechender Maßnahmen hätten. Den Vorgaben des früheren Amsterdamer Subsidiaritätsprotokoll entsprechend sind zu diesem Zweck die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahme auf etwaige transnationale Aspekte zu untersuchen, die von den Mitgliedstaaten allein naturgemäß nicht zufrieden stellend gelöst werden können (Punkt 5, 1. SpStr.). Dabei kommt es darauf an, ob einer-

seits entsprechende Maßnahmen der Mitgliedstaaten allein oder andererseits das Fehlen europäischer Maßnahmen in Widerspruch zu bestimmten Zielen der Verträge (etwa der Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen, der Vermeidung verschleierter Handelsbeschränkungen oder der Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts) stehen könnten bzw. die Interessen anderer Mitgliedstaaten auf sonstige Weise erheblich beeinträchtigen würden (Punkt 5, 2. SpStr.). Dabei darf jedoch nicht geprüft werden, ob die konkret mit der Maßnahme verfolgten Ziele durch Zusammenarbeit zwischen einzelnen Mitgliedstaaten außerhalb der EU erreicht werden könnten.

• ***Das Positivkriterium (sog. Effizienzkriterium)***

Ist das Negativkriterium erfüllt, so muss zudem in Ergänzung („sondern vielmehr“) noch überprüft werden, ob die betreffende Maßnahme nach dem Positivkriterium „wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen“ ist. Der auch in den Fragen zur Expertenanhörung verwandte Begriff „Effizienzkriterium“ erscheint in diesem Zusammenhang als verkürzend und damit als irreführend, weil es nicht allein um die Effizienz eines europäischen Handelns geht. Schon das Amsterdamer Subsidiaritätsprotokoll gab insoweit vor, dass dies dann angenommen werden könne, wenn die Maßnahme „wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen im Vergleich zu Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile mit sich bringt“ (Punkt 5, 3. SpStr.). Dies ist der Fall, wenn in einem wertenden Vergleich zwischen zusätzlichem Integrationsgewinn und mitgliedstaatlichem Kompetenzverlust ein eindeutiger „Mehrwert“ des Handelns der Union gegenüber dem Handeln der Mitgliedstaaten herausgefunden und -gestellt werden kann. Insoweit sind insbesondere auch die Kosten und der Nutzen der Problemlösung auf den verschiedenen Handlungsebenen sowie die negativen Effekte einer „Nulloption“ bei einem Verzicht auf ein Tätigwerden der Union zu prüfen.

Auch das neue Subsidiaritätsprotokoll verlangt in Art. 5 S. 5 von der Kommission, in ihrer Begründung zu berücksichtigen, dass „die finanzielle Belastung und der Verwaltungsaufwand der Union, der Regierungen der Mitgliedstaaten, der regionalen und lokalen Behörden, der Wirtschaft und der Bürgerinnen und Bürger so gering wie möglich gehalten werden und in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen müssen.“ Weiter legt auch das neue Subsidiaritätsprotokoll fest, dass eine solche Feststellung sowohl auf qualitativen als auch, soweit möglich, auf quantitativen Kriterien beruhen müsse (Art. 5 S. 4). Im Rahmen

der qualitativen Kriterien sind dabei insbesondere die Auswirkungen der in Betracht gezogenen Maßnahme im Hinblick auf das angestrebte Ziel sowie die Effektivität des Handelns auf Unionsebene zu berücksichtigen. Die „quantitativen“ Erwägungen knüpfen demgegenüber an den „Umfang“ der betreffenden Maßnahme an. Sie berücksichtigen also zum einen, ob die Maßnahme einen transnationalen bzw. grenzüberschreitenden Aspekt hat, bei dem auf die Art, Größe und Schwere des Problems abzustellen ist, das durch die in Betracht gezogene Maßnahme gelöst werden soll, und zum anderen, ob mehrere oder alle Mitgliedstaaten von dem Problem betroffen sind.

cc) Die „Wie-Frage“: Prüfung von Art. 5 Abs. 3 EUV n.F.

Konnte die Zuständigkeit der Union zur Ausübung der betreffenden Kompetenz auf der Grundlage der Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips bejaht werden, ist schließlich noch die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu überprüfen. Konkret ist zu klären, *wie* die Union handeln soll; überprüft wird dementsprechend, ob die Union bei der Auswahl der Art des Rechtsaktes sowie der Ausgestaltung dieses Rechtsaktes den Kriterien der Verhältnismäßigkeit (erforderlich, geeignet, angemessen) gerecht geworden ist.

Gemäß Art. 5 Abs. 4 EUV n.F. dürfen Maßnahmen der Union „inhaltlich wie formal nicht (...) das für die Erreichung der Ziele der Verfassung erforderliche Maß“ übersteigen. Sie müssen somit angesichts des mit ihnen verfolgten Ziels nach Art, Umfang und Intensität geeignet und erforderlich sein sowie nicht zu diesem Ziel außer Verhältnis stehen (verhältnismäßig i.e.S.). Die Bestimmung kann allgemein als Grundsatz der größtmöglichen Schonung von dezentralen Zuständigkeiten verstanden werden. Das Amsterdamer Subsidiaritätsprotokoll konkretisierte diesbezüglich, dass „die Rechtsetzungstätigkeit“ der Union allgemein „nicht über das erforderliche Maß hinausgehen“ solle, insbesondere also bei der Auswahl der Rechtsakte jeweils das „mildeste“, mithin das Mittel zu wählen sei, das es am wenigsten in die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten eingreift. Darüber hinaus sollte darauf geachtet werden, „so viel Raum für nationale Entscheidungen“ zu belassen, „wie dies im Einklang mit dem Ziel der Maßnahme und den Anforderungen des Vertrags möglich ist“. Da das neue Subsidiaritätsprotokoll diese Konkretisierungen vermissen lässt, ist insoweit ergänzend auf die frühere Fassung zurückzugreifen.

Zu prüfen sind insbesondere folgende Fragen:

- Ist der aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abzuleitenden Mittelhierarchie Rechnung getragen, nach der etwa ein Vorrang von gegenseitiger Anerkennung vor Harmonisierung, von Unterstützungsmaßnahmen vor einer Reglementierung, von Rahmenregelungen vor detaillierten Regelungen sowie von unverbindlichen Maßnahmen vor Richtlinien und von Richtlinien vor Verordnungen besteht?
- Beschränken sich die betreffenden Maßnahmen auch nach „inhaltlicher“ Regelungstiefe und Regelungsumfang auf das erforderliche Maß? Wurde das jeweils mildere Mittel, z.B. Rahmenregelung bzw. Mindeststandards gewählt?
- Welche Alternativen sind im Rahmen der hiernach vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung erwogen worden?

5. Aussagen des BVerfG zur Subsidiaritätskontrolle

Insgesamt stützen die Ausführungen des BVerfG im Lissabon-Urteil zur Subsidiaritätsprüfung die vorstehend gemachten Ausführungen, insbesondere den Gedanken, dass sich die Subsidiaritätsrüge und -klage auch auf die Kompetenzfrage beziehen (Vgl. Rn. 300 ff., insbes. 305 des Urteils).

Hinzu kommt, dass das BVerfG das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung mit in das Zentrum seiner Überlegungen zur Verfassungsmäßigkeit des VvL stellt (vgl. Rn. 233 ff. des Urteils) : Aus den Ausführungen des BVerfG zur Notwendigkeit der Wahrung der souveränen Staatlichkeit Deutschlands ergibt sich das insoweit unumstrittene und richtige Ergebnis, dass ausschließlich ein Integrationsprogramm nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zulässig sei (kritisiert wird im überwiegenden Schrifttum die Begründung aus der souveränen Staatlichkeit). Das Grundgesetz, so das BVerfG, ermächtige die deutschen Staatsorgane nicht, Hoheitsrechte dergestalt zu übertragen, dass aus ihrer Ausübung heraus eigenständig weitere Zuständigkeiten für die Europäische Union begründet werden können. Es untersage die Übertragung der Kompetenz-Kompetenz.

In Konkretisierung dieses Erfordernisses einer Wahrung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung entnimmt das BVerfG Art. 23 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Demokratieprinzip zudem die Notwendigkeit eines hinreichend bestimmten Integrationsprogramms

der Europäischen Union. Da das Vertrauen in die konstruktive Kraft des Integrationsmechanismus von Verfassungen wegen nicht unbegrenzt sein könne, dürfe keine Blankettermächtigung zur Ausübung öffentlicher Gewalt erteilt werden. Als problematisch erscheinen dem Gericht mit Blick hierauf insbesondere die im Vertrag von Lissabon enthaltenen sog. dynamischen Vertragsvorschriften, die in einer „verfassungsrechtlich bedeutsame(n) Spannungslage zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“ stünden. Als dynamische Vertragsvorschriften gelten nach der Definition des BVerfG Normen, die „eine Veränderung des Vertragsrechts bereits ohne Ratifikationsverfahren allein oder maßgeblich durch die Organe der Union“ ermöglichen. Sofern eine solche dynamische Vertragsentwicklung gewollt werde, *„obliegt neben der Bundesregierung den gesetzgebenden Körperschaften eine besondere Verantwortung im Rahmen der Mitwirkung, die in Deutschland innerstaatlich den Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 GG genügen muss (Integrationsverantwortung).“* Hierauf haben Bundestag und Bundesrat mit den neuen Begleitgesetzen, insbesondere dem Integrationsverantwortungsgesetz reagiert (ausführlich zum Ganzen Calliess, ZG 2010, S. 1 ff.).

Das Gericht führt darüber hinaus aus, innerhalb der deutschen Jurisdiktion müsse es möglich sein, *„die Integrationsverantwortung im Fall von ersichtlichen Grenzüberschreitungen bei Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch die Europäische Union [...] und zur Wahrung des unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes im Rahmen einer Identitätskontrolle einfordern zu können.“*

Das BVerfG bekräftigt dazu zunächst erneut die Beanspruchung einer Kompetenz zur Überwachung der im Maastricht-Urteil noch sog. ausbrechenden Rechtsakte der Europäischen Union. Hierzu heißt es im Urteil: *„Wenn Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen ist, prüft das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten.“*

Angesichts der Tatsache, dass die europäischen Akteure die Kompetenzordnung nicht immer ernst genug nehmen, kann eine solche Ultra-Vires-Kontrolle von ihrem Ansatz her zwar sinnvoll sein. Sie wird jedoch mit Blick auf die notwendige Kooperation mit dem EuGH, die im Interesse der auf einheitliche Anwendung und Geltung angelegten europäischen Rechts-

gemeinschaft unabdingbar ist, im Urteil nicht hinreichend europarechtskonform als „Auffangverantwortung“ unter Einbindung des EuGH ausgestaltet. Dies insbesondere deshalb, weil ihre Kriterien weitgehend unklar bleiben. Letzteres gilt noch mehr für die neue Identitätskontrolle, wenn sie denn – was sich im Urteil andeutet – über die Kontrolle der Vorgaben des Art. 79 Abs. 3 GG hinaus erstrecken würde (ausführlich zu alledem Calliess, Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS), S. 559 ff. m.w.N.).

Im Hinblick auf die gesamte Subsidiaritätsprüfung nimmt das BVerfG für sich eine Kontrollrecht an, wenn Rechtsschutz auf der europäischen Ebene nicht zu erlangen ist. Solange dieses Kontrollrecht als Auffangverantwortung im Sinne einer Not- bzw. Reservekompetenz verstanden und ausgestaltet wird, kann dieses durchaus sinnvoll sein, um die Unionsorgane für die ihnen obliegende Subsidiaritätsverantwortung zu sensibilisieren.

Erfreulicherweise scheint die im Schrifttum insoweit erhobene Kritik vom BVerfG wahr- und aufgenommen zu werden. Dies legen zumindest jüngste Äußerungen seines Präsidenten Voßkuhle (vgl. NVwZ 2010, S. 1 ff.; FAZ vom 22.4.2010 Nr. 93, S. 11) nahe, die nunmehr explizit den Gedanken der Auffangverantwortung aufnehmen und – anders als noch das Lisabon-Urteil – wieder vom im Maastricht-Urteil postulierten Kooperationsverhältnis mit dem EuGH sprechen.

6. Abschließende Bewertung

Das neue System der Subsidiaritätskontrolle wird sich daran messen lassen müssen, inwieweit es zu einer wirklich effektiveren Überwachung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips auf Ebene der Union beitragen kann. Im Hinblick hierauf ist die Streichung der materiellrechtlichen Kriterien im alten Subsidiaritätsprotokoll zum Amsterdamer Vertrag problematisch. Insoweit besteht die Gefahr, dass die nationalen Parlamente aufgrund der mangelnden Präzisierung negative Stellungnahmen übermitteln, die allein auf rein nationalen Gründen aufbauen und somit durch die Kommission leicht widerlegt werden können. Das Instrument der Subsidiaritätskontrolle würde dadurch an Bedeutung verlieren.

Die prozedurale Subsidiaritätsprüfung durch die nationalen Parlamente sollte dennoch als „Weckruf“ verstanden werden, die ihnen zustehenden Rechte effektiver und selbstbewusster

zu nutzen und ihre Rolle im europäischen Rechtsetzungsgefüge neu zu definieren. So wird den Parlamenten hiermit ein förmliches Verfahren zur Verfügung gestellt, einer schleichen- den Entziehung ihrer Zuständigkeiten entgegenzutreten. Durch die Möglichkeit der Subsidiaritätsrüge besteht zudem die Chance einer Europäisierung der Debatten der nationalen Parla- mente und somit einer verstärkten Identifizierung der nationalen Parlamentarier mit den auf Ebene der Union getroffenen Entscheidungen. Zudem kann durch die verstärkte Einbindung der nationalen Parlamente ein Zugewinn an Transparenz und damit eine Verbesserung der Bürgernähe erreicht werden. So entsteht durch die Einbindung der nationalen Abgeordneten die Möglichkeit, den Bürgern die EU anhand der von ihnen getroffenen Stellungnahmen nä- her zu bringen und hierdurch die Akzeptanz der auf Ebene der Union getroffenen Entschei- dungen in den einzelnen Mitgliedstaaten zu erhöhen. Hinzu kommt die im Primärrecht (Art. 12 b) EUV i.V.m. dem Subsidiaritätsprotokoll und Art. 51 EUV) geregelte Subsidiaritätskla- ge, die den EuGH - ähnlich wie damals Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG das BVerfG – zukünftig explizit verpflichtet, Maßnahmen der EU am Maßstab des einschließlich des Subsidiaritäts- prinzipis justitiablen Art. 5 EUV n.F. zu überprüfen (dazu ausführlich Calliess, EuGRZ 2003, S. 181 ff.).

Um zu einer effektiven Durchführung der Kontrolle beizutragen, ist daher ein gezielter Ein- satz von Subsidiaritätsrüge und -klage durch die nationalen Parlamente wünschenswert, bei denen sich die Rüge auf konkrete Bestimmungen des Rechtsetzungsvorschlages bezieht. Bundestag und Bundesrat, denen in Europa insoweit eine Leitrolle zukommen wird, ist dabei zu empfehlen, sich weiterhin an den materiell-rechtlichen Leitlinien des Amsterdamer Proto- kolls zu orientieren, da diese den nachwievor gültigen Leitlinien des Europäischen Rates von Edinburgh korrespondieren. Anhand einer „Checkliste“ sollte es für die nationalen Parlamen- te möglich sein, die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips durch die Europäische Union an- gemessen zu kontrollieren. Hierbei erscheint vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass die Kommission selbst bei Vorliegen einer ausreichenden Anzahl negativer Stellungnahmen der nationalen Parlamente grundsätzlich nicht dazu verpflichtet ist, ihren Rechtsetzungsvorschlag zurückzuziehen, eine umfassende Begründung der negativen Stellungnahmen des Parlaments von Bedeutung. Die Begründung ihres Festhaltens am kritisierten Gesetzgebungsvorschlag wird der Kommission nämlich umso schwerer fallen, je besser und gewichtiger die Argumen- te in den Stellungnahmen der nationalen Parlamente sind. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sich auch der Gerichtshof, sollte er angerufen werden,

bei seiner Entscheidung auf die jeweils vorgebrachten Argumente stützen wird, erscheint es daher notwendig, von einem grundsätzlich umfassenden Prüfungsschema auszugehen, das über die nunmehr gekürzten Vorgaben des Subsidiaritätsprotokolls hinausgeht.

Insgesamt kann durch die Umsetzung der neuen Protokolle eine eindeutige Stärkung der Mitwirkungsrechte der nationalen Parlamente erreicht werden. Der wirkliche Erfolg der neu geschaffenen Subsidiaritätskontrolle hängt jedoch in erster Linie von ihrer tatsächlichen Bereitschaft und von den zeitlichen und praktischen Möglichkeiten der nationalen Parlamente in Bezug auf die Überprüfung der Rechtsetzungsvorschläge ab. Die Entwicklung der letzten Jahre hat im Hinblick darauf aber gezeigt, dass sich die nationalen Parlamente auf die neue Form der Mitwirkung vorbereiten und auch von Seiten der Kommission ein Interesse an ihrer verstärkten Einbindung besteht.

Berlin, den 14. Juni 2010

Prof. Dr. Christian Calliess

Literaturnachweise zu den vorstehenden Ausführungen jeweils mit ausführlichen weiteren Nachweisen zum Diskussionsstand:

- Subsidiaritätsprinzip und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, Baden-Baden 1996; Zweite aktualisierte und überarbeitete Auflage, Baden-Baden 1999.
- Kommentierungen der Art. I-11 – I-18, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.). Verfassung der Europäischen Union, Kommentar der Grundlagenbestimmungen, München 2006
- Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung / Zugleich eine Besprechung des Altenpflegegesetz-Urteils des BVerfG, in: EuGRZ 2003, S. 181-197.
- Der Schlüsselbegriff der ausschließlichen Zuständigkeit im Subsidiaritätsprinzip des Art. 3b II EGV, in: EuZW 1995, S. 693-70
- Das gemeinschaftsrechtliche Subsidiaritätsprinzip als „Grundsatz der größtmöglichen Berücksichtigung der Regionen“, in: AöR 121 (1996), S. 509-542.

- Nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Parlamentarische Integrationsverantwortung auf europäischer und nationaler Ebene, *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)* 2010, S. 1-34.
- Das Ringen des Zweiten Senats mit der Europäischen Union: Über das Ziel hinausgeschossen ..., in: *Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZEuS)* 2009, S. 559-582.